

20-05-2023

EN LO PRINCIPAL: Recurso de Casación en la forma
PRIMER OTROSI: Recurso de Casación en el fondo
SEGUNDO OTROSI: Se tenga presente

ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

RICARDO ANDRES DURAN MOCOCAIN, abogado, por sus representados, en autos sobre reclamación, caratulado **GERMANA VELASQUEZ MORAGA CON SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE**, Rol R-55-2022, acumulada con causa Rol R-39-2021, a Us. I. respetuosamente, digo.

Que encontrándome dentro de plazo, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26, inciso 4°, de la ley 20.600 y los artículos 766 y siguientes que resulten aplicables del Código de Procedimiento Civil, vengo en interponer recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de fecha 2 de mayo de 2023, notificada a mi parte con fecha 3 de mayo de 2023, que rechazó la reclamación interpuesta por mis representados y confirmó la resolución sancionatoria de la Superintendencia de Medio Ambiente, para que la Excelentísima Corte Suprema, conociendo el recurso, proceda a invalidarla por ocasionar perjuicio a mis representados solo reparable con la invalidación del fallo, por haber sido dictada con infracción a lo dispuesto en el artículo 768, números 4 y 7, del Código de Procedimiento Civil.

Antecedentes generales

Tras ya largos 7 años y que les ha significado a mis representados concurrir ante estos estrados en variadas otras ocasiones, buscando no otra cosa que la correcta aplicación de la ley, una vez más dependemos de la decisión de la Excelentísima Corte Suprema para encontrar el amparo que nos ha sido tantas veces negado.

Es así como gracias a la perseverancia de mis representados es que, corrigiendo su actuar a instancias de lo ordenado por el Ilustrísimo Tercer Tribunal Ambiental y la Excelentísima Corte Suprema, la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) ha dictado una la resolución sancionatoria en contra de Colbún S.A. por instalar equipos distintos a los autorizados en sus Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) en la Central Termoeléctrica Santa María que opera en Coronel.

En efecto, con fecha 11 de noviembre de 2021, la SMA dictó la resolución exenta N°2412, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-061-2021 en contra de Colbún S.A., y sanciona a la empresa de artículo 35 a) de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, calificando a los distintos equipos instalados como un solo hecho infraccional y como una infracción leve, estableciendo, finalmente, una multa de 345 Unidades Tributarias Anuales.

Ante dicha resolución, esta parte interpuso recurso de reposición por cuanto estimamos que la resolución sancionatoria incurre en la ilegalidad de tratar todos los incumplimientos como una sola infracción, pues no hay norma legal que le permita acumular de esa manera distintos hechos, como para deducir una sola sanción.

En efecto, tal como quedó establecido por la Excelentísima Corte Suprema en autos Rol 3470-2018, Colbún S.A. instaló los siguientes equipos:

A.- Se instaló una turbina eléctrica General Electric Número de Serie 270T771, que posee una potencia de 369,989 KW y una presión de ingreso de 166,7 bar, siendo la autorizada de 350 KW.

B.- Se instaló un generador eléctrico de 468 MVA, siendo el autorizado de 415 MVA.

C.- Colbún S.A. instaló un transformador de poder que alcanza 460/490 MVA, siendo el autorizado por la RCA uno de 415 MVA.

D.- La chimenea instalada es de 130 metros de altura y sección final superior de 5,4 metros de diámetro, siendo que lo autorizado es una chimenea de 90 metros de altura y sección final superior de 4,85 metros de diámetro.

Por consiguiente, es fácil advertir que cada una de esas desviaciones constituye un hecho infraccional individual, al ser cada uno un incumplimiento a las condiciones establecidas en sus RCA.

Además se dijo que la resolución recurrida carece de integridad y autosuficiencia que explique por qué la Superintendencia decidió tratar las cuatro infracciones como un concurso infraccional. Carece de integridad porque, de los argumentos señalados por la Superintendencia en la citada resolución, no se logra entender por qué se sancionan todas las infracciones a la RCA como una sola, y por qué el número de estas se consideró como una agravante. Asimismo, la resolución impugnada no es autosuficiente, pues no contiene argumentos directamente relacionados con el asunto, es decir, no se explicitan fundamentos que permitan a la autoridad aplicar el concurso infraccional, ni aún de manera imperfecta, por lo tanto, nos encontramos frente a una decisión de la autoridad administrativa que no se encuentra fundamentada. Lo anterior se argumentó reflexionando en torno a lo resuelto en la Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Rol 6-2013.

En segundo lugar, esta parte estimó que la resolución sancionatoria incurrió en una errada calificación de la infracción, al calificarla como leve.

En efecto, la resolución sancionatoria incurrió en un error al descartar de plano las hipótesis del artículo 36 de la LOSMA que dicen relación con la ejecución de proyectos o actividades al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, constatándose los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley 19.300, o que hayan causado daño ambiental susceptible de reparación. Se dijo al respecto que la resolución contiene un argumento que incurre en un error de interpretación normativa, pues sostuvo que pues en el caso no se imputó elusión del SEIA y, por lo tanto esas calificaciones de gravedad no le serían aplicables al presente sancionatorio.

La SMA incurrió en una incorrecta lectura de las normas, pues el artículo 35, letra b) y lo dispuesto en el número 1, la letra f), del artículo 36 LOSMA, y en el número 2, la letra d), del mismo artículo, contemplan hipótesis distintas.

En efecto, la letra b) del artículo 35 dice lo siguiente:

“b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3º”

De la sola lectura de la norma se desprende que regula dos circunstancias que constituyen infracciones ambientales: 1. La ejecución de proyectos o actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella; 2. El incumplimiento a los requerimientos de ingreso de un proyecto o actividad al SEIA.

De ahí a que, correctamente, esta Superintendencia sancionó en virtud de la letra a) del artículo 35, esto es el incumplimiento de las condiciones establecidas en la RCA, pues ninguna de las hipótesis de la letra b) resultan aplicables, ya que el titular del proyecto sí cuenta con una RCA y no se ha producido requerimiento de ingreso alguno al SEIA, hasta el momento.

Pero lo anterior no es suficiente para decir que no procede aplicar el número 1, la letra f), del artículo 36 LOSMA, o el número 2, la letra d), del mismo artículo, o que estas normas no son aplicables, pues regulan circunstancias distintas y más generales que las contenidas en la letra b) del artículo 35.

En efecto, si el artículo 35, letra b), considera la hipótesis de ausencia de RCA, en el artículo 36 se refiere a una situación más amplia, esto es, que se ejecuten proyectos o actividades del artículo 10 *“al margen del Sistema de Evaluación Ambiental”*, cuestión que, desde luego, trae como consecuencia que no se refiera exclusivamente a la hipótesis de ausencia de calificación ambiental, sino que se trata de circunstancias en las que el titular de un proyecto que cuenta con resolución de calificación ambiental no ha sometido sus modificaciones al sistema, cuestión que es concordante con la facultad contemplada

en la letra j) del artículo 3 de la LOSMA, esto es, requerir a titulares de proyectos que cuentan con RCA que sometan sus modificaciones o ampliaciones al SEIA.

De ahí a que cae en un error de interpretación jurídica de la norma, pues la aplicación de las hipótesis contenidas en el artículo 36 no dependen para su procedencia de que previamente se haya levantado cargos en virtud de la letra b) del artículo 35, el que, como se dijo, contiene un tipo infraccional propio y distinto al aplicable a quienes son titulares de RCA.

Asimismo, se indicó en la reposición que consta en el expediente que ***“la modificación de instalaciones contempladas en un EIA, algunas de las cuales, hasta el día de hoy, no cuentan con un pronunciamiento que valide que no implicaron un aumento en la extensión, magnitud o duración de sus impactos ambientales”***, como la propia resolución sancionatoria expone, por lo tanto no es correcto afirmar que no se generó detrimento ambiental o concluir que no hubo daño ambiental, pues no se habrían generado un aumento de emisiones.

las consecuencias de la instalación de una Central Termoeléctrica completamente distinta a la evaluada y autorizada no han sido verificados en el proceso sancionatorio, pues dada la magnitud de la modificación, mal que mal hablamos de los equipos fundamentales para una termoeléctrica, no basta con saber si las emisiones o la generación se encuentra dentro de la capacidad evaluada originalmente, ya que las resoluciones de calificación ambiental no son una bolsa de MW o de emisiones al aire autorizadas, sino una autorización administrativa detallada que es fruto de un proceso de evaluación dónde se consideran todos los impactos de un proyecto determinado, con información proporcionada por su titular, y que cuya obligatoriedad alcanza no sólo al titular, quien debe someterse estrictamente a su contenido, sino también para la autoridad encargada de fiscalizar su cumplimiento, como nos ha enseñado este largo proceso.

Y malamente podría la Superintendencia de Medio Ambiente entrar en un examen de ese tipo, pues no es su función ni su competencia evaluar ambientalmente un proyecto o actividad, ni el proceso sancionatorio el indicado por la ley para ese propósito, sino el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Es así como los cuatro hechos infraccionales, estos son la instalación de un generador, una turbina, un transformador y una chimenea distintos a los autorizados, lo que significan, en definitiva, una Central Termoeléctrica distinta a la autorizada, obligan, jurídicamente, para determinar si no hubo daño ambiental, no se afectó a la salud de la población o no se incumplieron medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, a que la central se someta a evaluación ambiental en cuanto a sus modificaciones, sin que sea el procedimiento sancionatorio la vía idónea para resolver tales asuntos.

Por último, se argumentó que hubo una errónea ponderación de las circunstancias del artículo 40 LOSMA, pues la resolución descarta que hubiera beneficio económico asociado al hecho constitutivo de infracción, pues estima que *“dicha modificación aumentó la potencia máxima de generación de la Primera Unidad, lo cierto es que ello no conllevó una excedencia respecto de la potencia máxima autorizada a generar, esto es, un total de 700 MW. Según lo anterior, se puede indicar que en el escenario de incumplimiento, el titular no consiguió ingresos adicionales a los que hubiera podido obtener en un escenario de cumplimiento, puesto que en este último – habiendo instalado los componentes señalados en la RCA para las dos Unidades autorizadas – hubiese estado en condiciones de operar incluso a un nivel superior de generación al cual se estaba operando en el escenario en que se comete la infracción. Por lo tanto, se concluye que no se configuran ganancias ilícitas producto de la infracción que pudieran haber beneficiado económicamente al titular”*.

Sin embargo, el razonamiento anterior no es suficiente para descartar la existencia o no de beneficios económicos, pues incurre en una ilegalidad y en una falta de rigor metodológico al mezclar los escenarios de cumplimiento y de incumplimiento.

De acuerdo a la legislación ambiental, el titular de un proyecto o actividad debe dar estricto cumplimiento a la RCA, tan es así que esta afirmación constituye la base que han tenido los tribunales que han conocido las causas asociadas a este proceso, como el propio numeral 59 de la resolución recurrida que recuerda que Colbún debió dar íntegro cumplimiento a la regulación contenida en la RCA. El escenario de cumplimiento para el caso en que el titular hubiera decidido construir sólo la Primera Unidad de la Central es que hubiera instalado equipos con una capacidad de 350 MW, por lo tanto, si se comparan ambos escenarios, lo cierto es que todo este tiempo ha obtenido ganancias ilícitas por esos 20 MW adicionales que está generando por unidad, pues no es cierto que se puedan amparar en los 700 MW aprobados, ya que esos están referidos a todo el complejo en operación, lo que sabemos que no ha ocurrido, pero cada unidad tiene autorizados, particularmente, 350 MW y no más.

Y como el escenario de cumplimiento supone que cada unidad genere 350 MW, entonces esa es la hipótesis que esta Superintendencia ha debido considerar como escenario de cumplimiento y no hacer ficción como si todo el proyecto autorizado se encuentra en operación, escenario que sí le permitiría considerar los 700 MW como límite.

En consecuencia, si se compara el escenario de cumplimiento, con una generación de 350 MW por unidad, con el escenario de incumplimiento, con 370 MW de generación por unidad, entonces es lógico concluir que aquello que Colbún S.A. ha ganado por sobre los 350 MW generados por unidad constituye una ganancia ilícita.

Se alegó, también, que, En cuanto al Componente Afectación, particularmente al tratar la intencionalidad de la infracción, la resolución sancionatoria concluye en el numeral 196 que *“En ese sentido, resulta evidente que el actuar de Colbún en lo relativo al cargo N°1 se puede calificar de negligente. No obstante, las circunstancias analizadas no permiten acreditar que se haya procedido de manera dolosa. Por lo tanto, esta circunstancia no será ponderada en la determinación de la sanción final”*.

Lo anterior es un error, pues no solo es evidente que Colbún S.A. actuó intencionadamente al modificar la totalidad de los equipos autorizados en la RCA, conscientemente encargó y compró equipos distintos, de ahí a que el actuar doloso para este caso que está constituido por la intención de incumplir la RCA surge de los propios actos de Colbún. Pero, además, resulta sorprendente del propio análisis que hace la Superintendencia, ya que en los numerales anteriores indica que Colbún posee *“el perfil de sujeto calificado en cuanto se trata de una empresa que desarrolla su actividad con conocimiento de las exigencias inherentes en materia de cumplimiento de estándares ambientales”*, por lo tanto resulta contradictorio que se califique a la instalación de equipos distintos a los autorizados en la RCA como un actuar negligente. En consecuencia, en esta parte lo resuelto por la Superintendencia no sólo carece de motivación suficiente, sino que es abiertamente contradictorio con lo razonado, incurriendo en una arbitrariedad flagrante.

Finalmente, se cuestionó que la resolución sancionatoria haya estimado que Colbún S.A. haya prestado colaboración eficaz en el esclarecimiento de los hechos por el mero hecho de haber dado respuesta oportuna a los requerimientos de información y haber colaborado en las actividades de fiscalización.

Se dijo al respecto que de acuerdo a las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales *“La valoración de esta circunstancia depende de que la colaboración entregada por el infractor sea eficaz, lo que implica que la información o antecedentes proporcionados deben permitir o contribuir al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o efectos, la identidad de los responsables, grado de participación y/o el beneficio económico obtenido por la infracción, así como toda otra información relevante o de interés, según corresponda. Por lo tanto, la eficacia de la cooperación se relaciona íntimamente con la oportunidad y utilidad objetiva de la información o antecedentes proporcionados, y no solamente con la mera intención colaborativa del infractor”*.

Sin embargo, en el procedimiento sancionatorio no hay nada de eso, al contrario la conducta de Colbún ha sido siempre tendiente a argumentar que su arbitraria decisión de modificar por completo el proyecto aprobado en la RCA no constituye un incumplimiento ni una infracción, por consiguiente, no concurre el requisito de *“utilidad objetiva de la información o antecedentes proporcionados”* que exigen las propias bases metodológicas que excedan la mera intención colaborativa del infractor.

Resolviendo el recurso de reposición interpuesto, la SMA dictó la Resolución Exenta N°1235, de 28 de julio de 2022, que rechaza la reposición, la que fue reclamada ante el Tercer Tribunal Ambiental quien dictó sentencia en causa Rol R-55-2022 que acumula la causa Rol R-39-2022. Es la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental la que se recurre en este acto.

Por último y no menos importante debemos indicar que de las infracciones cometidas, si existe mérito para sancionar por multa grave o gravísima, pues Sobre todo si consideramos el fallo Rol N° 3.647-2019, caratulados “Héctor Rubén Sanhueza y otros con Colbún S.A.” Donde se demandó a Colbun S.A por daño ambiental, y donde se acreditó, (la tabla N° 16 del apartado 4.2.3. del instrumento de calificación, titulado “residuos sólidos durante la operación”, expresa que los residuos máximos generados por las calderas de cada unidad (cenizas), ascienden a 269 toneladas diarias). Por ello, el voto disidente de don Sergio Muñoz, indico que estaba por acoger la casación, y dictar sentencia de reemplazo condenando a Colbun S.A CTSM por daño ambiental, basado en lo siguiente.

Señalo: Que el Informe N° 67/12020 confeccionado por la Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural de la Policía de Investigaciones de Chile (fs. 3.189), queda en evidencia que diariamente son retiradas del complejo aproximadamente 350 toneladas de ceniza, excediendo largamente el límite indicado en el párrafo anterior. Esta situación resulta coincidente con lo concluido por la Superintendencia del Medio Ambiente en Informe de Fiscalización DFZ-2015-193-VIII-RCA-IA, referido por el recurrente, documento que concluye que “actualmente la CT se encuentra generando en promedio del periodo analizado (enero a septiembre de 2015) un valor de 358 MW, tomando en cuenta generaciones que parten de 300 MW. Lo anterior debido a que existen ciertos periodos de no generación por paradas y partidas de las turbinas generadoras”. De esta manera, y considerando que, como se esbozó, en una central térmica a carbón la superación de su límite de producción necesariamente trae aparejada la emisión ilegítima de contaminantes que, entre otros elementos, inciden en el empeoramiento de la situación que ya afectaba al componente aire, no puede sino concluirse que la Central Térmica Santa María es causante del daño ambiental fehacientemente establecido.

Pues bien, solo basado en esta sentencia, es que la resolución del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, debió aplicar una multa grave, o gravísima, pues Así, las denuncias de marras, que terminan en esa sentencia que se pide anular, precisamente parten el 2015 .

Por ello, demostraremos a lo largo de recurso que de las denuncias y de la propia fiscalización de la SMA, y posterior sentencia del Ilustre Tribunal ambiental, incluso fallos de SS EXMA , se han podido recabar antecedentes suficientes como para sancionar Colbún S.A. por incumplir con la Resolución de

Calificación Ambiental de su proyecto Complejo Termoeléctrico Coronel, aplicando una sanción que va más allá de multa leve, y/o una amonestación.

I. Ley que concede el recurso

El inciso 4° del artículo 26 de la ley 20.600 dispone:

“Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.

Por su parte, el inciso final del artículo 766 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“Procederá, asimismo, respecto de las sentencias que se dicten en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, con excepción de aquellos que se refieran a la constitución de las juntas electorales y a las reclamaciones de los avalúos que se practiquen en conformidad a la ley N°17.235, sobre Impuesto territorial y las demás que prescriban las leyes”.

En el caso de autos, el recurso de casación se interpone en contra de sentencia definitiva del Tercer Tribunal Ambiental que se pronuncia sobre dos reclamaciones interpuestas en contra de la Res. Ex N.º2412 de 11 de noviembre de 2021, dictada por la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) que resolvió el procedimiento sancionatorio Rol D-061-2021 contra Colbún S.A.

II. Vicios o defectos en que se funda.

Primer vicio: artículo 768, número 4 del Código de Procedimiento Civil: En haber sido dada en ultra petita.

El número 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil contempla como causal de casación en la forma que la sentencia haya sido dada en ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley.

La aplicación de esta causal procede por expresa remisión del inciso 4° del artículo 26 de la ley 20.600.

Forma en que se produce el vicio

Siguiendo la misma línea argumental que ha manifestado desde el inicio de las denuncias, Colbún S.A. presentó una reclamación en contra de la Res. Ex. N°2412 de 11 de noviembre de 2021 de la SMA alegando que las instalación de equipos distintos a los autorizados en la RCA no constituyen una infracción a la ley ambiental, por lo tanto pide que se deje sin efecto la resolución reclamada y que se ordene a la SMA dictar una nueva resolución, pero ahora de carácter absolutorio.

Se lee en el petitorio de la reclamación interpuesta por Colbún S.A. lo siguiente:

“POR TANTO, en mérito de lo expuesto, y de lo establecido en el artículo 17, N° 3, de la Ley N° 20.600, y de las demás normas pertinentes,

RUEGO A S.S. ILUSTRE, admitir a tramitación la presente reclamación en contra de la Resolución Exenta 1.820, de fecha 17 de agosto de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente y, previa tramitación legal, acogerla en todas sus partes, resolviendo:

1. Dejar sin efecto la Resolución Recurrida.

2. Ordenar a la Superintendencia del Medio Ambiente a dictar una nueva resolución sancionatoria que absuelva a mi representada.

3. Condenar en costas a la reclamada”.

Aparece de manifiesto, en consecuencia, que la reclamante ha fijado la controversia solo en la inexistencia de los hechos infraccionales, requiriendo al Tribunal Ambiental que se ordene a la SMA dictar una resolución absolutoria. Es eso y nada más. En ninguna parte de su reclamación Colbún S.A. ha solicitado que se disminuya el monto de la multa ni su variación, tan es así que, como se dijo, todas sus alegaciones discurren sobre la idea de que no procede pagar multa alguna por no haber incurrido en ningún hecho infraccional.

Sin embargo, la sentencia recurrida resuelve, en este punto, lo siguiente:

“SE RESUELVE:

*I. **Acoger parcialmente la reclamación** de fs. 1 y ss., presentada por Colbún S.A. en contra de la Res. Ex. N° 2412, de 11 de noviembre de 2021, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente en el procedimiento sancionatorio Rol N° D-061-2021, la cual, por las razones expuestas en los Considerandos Sexagésimo a Septuagésimo noveno de esta sentencia, y en relación con la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la Ley N° 20.417 y determinación de la sanción específica, no es conforme a la normativa vigente y **en consecuencia se anula en la parte que resolvió sancionar a Colbún S.A. con una multa total de 345 Unidades Tributarias Anuales, debiendo la Superintendencia del Medio Ambiente modificar dicho acto y resolver el procedimiento administrativo conforme en derecho corresponda, de acuerdo a lo indicado en el Considerando Septuagésimo noveno del presente fallo**”.*

A su vez, el considerando Septuagésimo Noveno de la sentencia dice:

“SEPTUAGÉSIMO NOVENO. Por consiguiente, la SMA deberá recalificar el valor asignado a esta circunstancia y determinar nuevamente una sanción específica respecto de la infracción cometida por el titular, teniendo a la vista las consideraciones incorporadas en la presente sentencia y que, de acuerdo al art. 39, letra c), de la LOSMA, las infracciones de carácter leve pueden ser objeto de sanciones no pecuniarias, como una amonestación por escrito, y tienen además un amplio margen para el establecimiento de sanciones pecuniarias, a través de multas que van desde 1 a 1000 UTA”.

Como se lee del considerando recién citado, la sentencia ordena recalificar el valor asignado a una circunstancia del artículo 40 LOSMA y determinar una nueva sanción específica respecto de la infracción cometida por Colbún S.A., alejándose de lo pedido por ésta en su reclamación, tanto en su petitorio, como en sus fundamentos.

Lo cierto es que Colbún S.A. nunca solicitó que se anulara la resolución en la parte del monto de la multa, y la razón es porque siempre alegó la inexistencia del hecho infracción, demandando única y exclusivamente su absolución.

Sobre este vicio, en sentencia de 4 de julio de 2015, autos Rol N°25.931-2014, la Excelentísima Corte Suprema ha dicho:

*“Décimo tercero: Que el vicio de casación previsto en el numeral cuarto del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil estatuye la ultrapetita como uno de los vicios formales que pueden afectar a una sentencia y su consiguiente nulidad. **El citado defecto contempla dos formas de materialización, otorgar más de lo pedido, o la extensión a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, denominadas ultra y extra petita respectivamente.***

Asimismo, según se ha determinado por esta Corte, el fallo incurre en ultra petita cuando, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas cambiando su objeto o modificando su causa de pedir.

La regla anterior debe necesariamente relacionarse con lo prescrito en el artículo 160 del Código antes citado, de acuerdo al cual las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido sometidos expresamente a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.

Por consiguiente, el vicio formal en mención se verifica cuando la sentencia otorga más de lo que las partes han solicitado en sus escritos de fondo, por medio de los cuales se fija la competencia del Tribunal, o cuando se emite pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo, vulnerando de ese modo el principio de la congruencia, rector de la actividad procesal”.

En el caso de autos, la sentencia emite pronunciamiento respecto de un asunto que no fue sometido a conocimiento del Tribunal, toda vez que en ningún momento solicitó que se rebajara la multa impuesta en virtud de las infracciones que ha cometido. Por el contrario, todas sus alegaciones giran en torno a que las modificaciones introducidas en la Central Termoeléctrica Santa María no constituyen hechos infraccionales, de ahí a que en el petitorio de su reclamación, luego de solicitar que se deje sin efecto la resolución reclamada, solo pide que en la nueva que se dicte se le absuelva. No pidió la rebaja de la multa ni su nueva determinación, porque entiende que al no ser responsable de un hecho infraccional, entonces no procede multa, fijando así la competencia del Tercer Tribunal Ambiental para resolver su reclamación.

Lo anterior se relaciona con lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 20.600 que dispone en la primera parte de su inciso primero que “Toda reclamación se presentará por escrito, y en ella se indicarán sus fundamentos de hecho y de derecho y **las peticiones concretas** que se someten a la resolución del Tribunal”.

Así, la única petición concreta que efectuó Colbún S.A. fue que se anulara la resolución reclamada y que se ordenara a la SMA a dictar una nueva que la absolviera, sin embargo, como se ha explicado,

la SMA resolvió otra cosa distinta, acogiendo parcialmente la reclamación, anulando la resolución reclamada en la parte que dispuso la multa de 345 Unidades Tributarias Anuales, ordenando a la SMA resolver dicho acto de acuerdo a derecho, siguiendo lo instruido en el considerando Septuagésimo Noveno del fallo.

So riesgo de ser reiterativo, Colbún S.A. nunca pidió que se anulara la resolución reclamada en la parte que dispuso la multa, solo que se hiciera para disponer su absolución.

En consecuencia, la sentencia recurrida, por las razones que se han expuesto, ha incurrido en el vicio de ultra petita.

Segundo vicio: artículo 768, número 7: En contener decisiones contradictorias.

Como se señaló, el vicio que se denuncia en esta casación en la forma se funda en el número 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, el contener decisiones contradictorias. Dicha causal se encuentra expresamente autorizada en el artículo 26 de la ley 20.600

Forma en que se produce el vicio

La sentencia recurrida se pronuncia sobre 2 reclamaciones interpuestas en contra de la Res. Ex. N°2412 de 11 de noviembre de 2021, dictada por la SMA.

La primera fue interpuesta por Colbún S.A. en la que solicitó que se dejara sin efecto la resolución recurrida y se ordenara a la SMA dictar una nueva resolución que la absolviera de los cargos.

Para fundar sus solicitudes, Colbún S.A. alegó que el acto reclamado era ilegal por inexistencia del hecho infraccional y falta de motivación suficiente; y la incorrecta determinación de la sanción impuesta.

Por nuestra parte, interpusimos nuestra reclamación solicitando que se dejara sin efecto la resolución reclamada y se ordenara dictar a la SMA una nueva resolución sancionatoria como en Derecho corresponde.

Tal como dice la sentencia recurrida, nuestros fundamentos consistieron en que el concurso infraccional aplicado carece de fundamento legal, en que la reclamación hizo una errónea calificación de la infracción al designarla como leve y que contiene una errónea ponderación de las circunstancias previstas en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (LOSMA)

Pues bien, a partir del considerando Cuadragésimo Cuarto hasta el Quincuagésimo Noveno, la sentencia recurrida razona en torno al primer fundamento de Colbún S.A. para atacar la validez de la resolución sancionatoria, esto es la inexistencia del hecho infraccional y que la resolución carecía de

motivación suficiente para determinarlo, rechazándolo por estimar que *“el establecimiento de la infracción por incumplimiento de la RCA y la tramitación de un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA se ajustan a derecho”* (considerando Quincuagésimo Cuarto).

Para llegar a la conclusión anterior, la sentencia sostiene que la infracción constatada por la SMA se relaciona con lo previsto en el artículo 35, letra a) de la LOSMA y que la configuración de la infracción se produce por modificaciones a lo autorizado en la RCA y que fueron advertidas en la sentencia de causa Rol R-18-2019, hechos, por lo demás que han sido reconocidos y no controvertidos por Colbún S.A. Dicha infracción se relaciona con el cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24, inciso final de la ley N°19.300, que obliga al titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, a someterse estrictamente al contenido de la RCA.

Reforzando el razonamiento anterior, la sentencia sostiene que en nada se altera el hecho infraccional por que el titular haya presentado una consulta de pertinencia respecto de los cambios a la chimenea en 2010 ni tampoco la Res. Ex. N°15 de 9 de enero de 2017 que resuelve una solicitud de interpretación de la RCA. Agrega la sentencia:

*“QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Esto, por cuanto **no es posible entender que todas las modificaciones implementadas por el titular respecto de las cuales la SMA configuró la infracción se encuentran consideradas en tales pronunciamientos, dado que estos documentos únicamente mencionan las modificaciones referidas a la chimenea y a la turbina, respectivamente, por lo que sólo respecto de estas últimas emitió una opinión la autoridad.** En ese sentido, **si el titular pretende argumentar que los cinco ajustes señalados se encuentran amparados por algún pronunciamiento emanado de la autoridad ambiental, al menos, debieron presentarse a conocimiento de esta última la totalidad de los cambios, para que aquélla pudiera analizar y pronunciarse fundadamente sobre el alcance de las modificaciones.***

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. En este contexto, tampoco es admisible lo que indica el titular en cuanto a que su actuación se encuentra admitida por el carácter flexible que tendría la RCA, lo que permitiría cambios como los implementados, relativos a lo que denomina “aspectos meramente descriptivos propios de una explicación general del proyecto o actividad que no tienen relación con los impactos ambientales evaluados” fueran tolerados sin un pronunciamiento de la autoridad. Al respecto, es importante aclarar que, como se dijo previamente, la RCA contiene el marco regulatorio por el cual se rige la ejecución del proyecto y su contenido resulta obligatorio para el titular, sin embargo, evidentemente, existen muchos aspectos asociados al proyecto que no están tratados en esta autorización por no tener relevancia desde el punto de vista ambiental. Por tanto, si tales aspectos

menores son alterados, esto no da cuenta de un incumplimiento sancionable. Ahora bien, se deduce, a la inversa, que los antecedentes del proyecto que quedaron plasmados en la RCA, cuyo contenido y antecedentes mínimos se encuentran regulados en el RSEIA, sí tienen importancia desde el punto de vista ambiental y, por tanto, su observancia es verificable por la autoridad.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. En la línea de lo anterior, y tal como reconoce el titular en su reclamación, el ordenamiento jurídico prevé que el contenido de la RCA puede sufrir variaciones, así como también pueden generarse dudas por parte del titular sobre el alcance de sus obligaciones que den lugar a nuevas interpretaciones. Es por eso que, por una parte, el art. 26 del RSEIA habilita, entre otros, a los titulares de una RCA para consultar al SEA, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, si la modificación que pretende incorporarse a un proyecto debe someterse al SEIA; en segundo lugar, el art. 25 quinquies de la ley N° 19.300 contempla la revisión de la RCA ante alteraciones sustantivas en las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas. Además, el art. 76 del RSEIA establece la competencia del SEA para la interpretación administrativa de la RCA. No obstante, lo que el titular obvia en su argumentación es que en todas las situaciones mencionadas las alteraciones del proyecto se encuentran sujetas al control de la autoridad ambiental, de manera que ésta puede verificar su entidad y asegurarse que los impactos ambientales que se deriven se encuentren debidamente controlados. De esta manera, las situaciones reguladas por los preceptos citados no son equiparables con el caso de autos, puesto que en este último el SEA únicamente fue informado de eventuales modificaciones de la chimenea y, posteriormente, a solicitud de la SMA, tuvo conocimiento de cambios en la turbina, pero no es posible afirmar que la autoridad tuvo la posibilidad de conocer el alcance de las modificaciones efectuadas a todos los equipos de la unidad generadora con el fin de determinar los impactos ambientales”.

De lo anterior surge con claridad que, para la sentencia recurrida, las 5 modificaciones al proyecto constituyen hechos independientes, pues los pronunciamientos de la autoridad han sido parciales, considerando sólo aquel equipo por el que aisladamente se consultó, y que no alcanzan para entender que los demás equipos instalados, distintos a los autorizados en la RCA, alcancen a estar amparados por dichos pronunciamientos. Esto se produce, porque en ambos casos, Colbún S.A. no informó a la autoridad de las demás modificaciones introducidas arbitrariamente al proyecto, por lo que la autoridad no contaba con todos los antecedentes para pronunciarse.

Como consecuencia de lo anterior, la sentencia recurrida trata cada modificación como un incumplimiento en sí mismo, pues si el pronunciamiento de la autoridad alcanza sólo respecto del equipo consultado y no a los demás, lo lógico es que la modificación que se hace en cada uno de ellos constituye una infracción propia.

Sin embargo, la sentencia al resolver la alegación formulada por esta parte en torno a la ilegalidad del concurso infraccional hace un razonamiento contradictorio con lo recién explicado.

En efecto, señala que para resolver esta alegación es necesario precisar el alcance el principio non bis in idem, en consecuencia, resulta necesario revisar si concurre la triple identidad entre el sujeto, el hecho y su fundamento. Estima evidente que concurre una “igualdad de sujeto” por parte del infractor y que la descripción del cargo también da cuenta de igualdad de hecho y fundamento jurídico, por lo que es posible configurar una sola infracción. Dice la sentencia:

“OCTOGÉSIMO QUINTO. Para resolver esta controversia, es preciso revisar si en el caso concurre la triple identidad mencionada. Al respecto, estimando evidente que concurre una “igualdad de sujeto” por parte del infractor, es posible advertir que la descripción del cargo indicado da cuenta también de una igualdad de hecho y fundamento jurídico que permite configurar una sola infracción. Esto, ya que los ajustes incorporados se refieren a las condiciones previstas en la misma norma de la RCA, esto es, el punto referido a la Descripción del Proyecto, particularmente, a la explicación del proceso de generación eléctrica que contempla los componentes de cada unidad del Complejo, contenida en el punto 3.4.1 de la RCA N° 176/2007. Así, es posible observar que los equipos modificados corresponden a distintas partes de un mismo proceso, el cual, para la optimización proyectada por el titular, requirió incorporar cambios en los cinco componentes señalados. Desde el punto de vista ambiental, por lo demás, todos los equipos modificados se vinculan a la generación de efectos sobre el mismo componente ambiental, las emisiones atmosféricas.

OCTOGÉSIMO SEXTO. De esta manera, ante la verificación de la triple identidad antes referida, no es posible, como plantean los reclamantes, estimar que cada una de las modificaciones introducidas constituye por sí sola un hecho infraccional que ameriten una sanción particular por cada una, toda vez que tienen un mismo origen fáctico y jurídico”.

Así, la sentencia cambia diametralmente de criterio, pues para rechazar la alegación de Colbún S.A. pasa de decir, y con razón, que los pronunciamientos de la autoridad ambiental respecto de la chimenea y luego sobre la turbina no alcanzan a amparar jurídicamente las otras modificaciones al proyecto

quedando éstas hasta el día de hoy sin ningún tipo de evaluación ambiental o pronunciamiento de la autoridad, para luego afirmar que los equipos modificados son parte de un mismo proceso y que, en consecuencia, corresponde a un solo hecho infraccional.

La decisión contradictoria que se contiene en la sentencia ocasiona un problema de orden público, pues reconociendo que las modificaciones introducidas por Colbún S.A. han sido arbitrarias y de una entidad suficiente como para no haberlas podido realizar sin amparar, de alguna manera, todas las variaciones a algún pronunciamiento de la autoridad ambiental, a su vez permite considerarlas todas como una sola cosa, provocando la situación en que la mayor parte de la Central Termoeléctrica opere sin ninguna clase de autorización ambiental, desvirtuando toda finalidad del orden público ambiental, en particular el del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

POR TANTO,

A U.S.I., PIDO tener por interpuesto el presente recurso de casación en la forma en contra de sentencia definitiva de 2 de mayo de 2023 dictada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, declararlo admisible y, en definitiva, elevar su conocimiento para ante la Excelentísima Corte Suprema, para que, conociendo del mismo, anule la sentencia recurrida, debiendo dictarse la correspondiente sentencia de reemplazo conforme a derecho.

PRIMER OTROSÍ: Que vengo en interponer recurso de casación en el fondo conforme a lo dispuesto en los artículos 26 de la ley 20.600 y 767 del Código de Procedimiento Civil, en contra de sentencia definitiva dictada con fecha 2 de mayo de 2023 por el Ilustrísimo Tercer Tribunal Ambiental, notificada con fecha 3 de mayo del año en curso, para que la Excelentísima Corte Suprema lo admita a tramitación y, en definitiva, lo acoja e invalide la sentencia recurrida por haberse dictado con infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

I. Primer error de Derecho: errónea aplicación del artículo 60 de la ley 20.417 LOSMA

Como se ha venido señalando, una de las infracciones reclamadas ante el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental fue el de haber aplicado un concurso infraccional de manera ilegal, pues no existe fundamento normativo alguno que habilite a la SMA para proceder de esa manera.

Tanto en la reposición administrativa como en la reclamación judicial se hizo presente lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R-6-2013 donde consta un ilustrativo razonamiento respecto

de las facultades que tiene la SMA frente al tratamiento de distintos hechos infraccionales. Al respecto afirmó lo siguiente:

“Cuadragésimo octavo: Que al analizar el tenor literal de los citados preceptos, así como las demás disposiciones relacionadas con el ámbito sancionatorio ambiental, este argumento debe ser rechazado. En efecto, no existe por parte del legislador ninguna disposición o conjunto de disposiciones que institucionalicen expresamente la figura jurídica en cuestión. Suponer que el empleo en plural de las palabras “normas”, “condiciones”, “medidas” o “hechos” es concluyente para afirmar que la LOSMA regula expresamente el denominado concurso infraccional imperfecto es un argumento insostenible. Que el legislador haya utilizado expresiones en plural para referirse a los incumplimientos es una cuestión de técnica legislativa, que obedece al hecho de que las RCA son instrumentos complejos que contienen diversos mandatos de conducta hacia los titulares de proyectos, cada uno de los cuales puede ser incumplido y ser objeto de sanción independiente, siendo éste el contexto en que deben entenderse los artículos citados. Es más, si el artículo 35 letra a) se lee en su totalidad, se puede comprender que el uso del plural obedece a que se está refiriendo en general a “las resoluciones de calificaciones ambientales”, así lo dice expresamente la letra a) cuando se refiere al “incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”. Lo anterior confirma que la redacción nada tiene que ver con la intención de establecer un tipo infraccional donde el número de infracciones sea irrelevante, porque lo sancionado es justamente el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas. Si se aceptara el argumento de la SMA, se debería considerar toda la redacción de la citada letra a) y concluir que también se habla en plural de “resoluciones de calificación ambiental”, lo que llevado a la práctica implicaría que el concurso infraccional imperfecto no sólo alcanzaría a los incumplimientos a “una” RCA sino que a todas las RCA relacionadas con un proyecto. Esto permitiría que un titular de proyecto que incumpla varias condiciones, normas o medidas contenidas en distintas RCA correspondientes a un mismo proyecto, tendría que ser sancionado por una sola infracción al artículo 35 letra a), conforme al concurso infraccional imperfecto supuestamente allí regulado, solución que a todas luces sería absurda”.

Pero el Segundo Tribunal Ambiental no sólo se hizo cargo del argumento literal que alegó la Superintendencia en su oportunidad, sino también descartó, en esa oportunidad, que hubiera algún argumento histórico que pudiera sustentar la concurrencia de concurso infraccional. Dijo en esa oportunidad lo siguiente:

“Quincuagésimo primero: Que en cuanto al argumento histórico sustentado por el reclamado, cabe señalar que en la historia de la Ley N° 20.417 no existe antecedente alguno que permita siquiera

sugerir que la intención del legislador fue establecer un modelo sancionatorio según el cual sería irrelevante que se cometiera uno o varios incumplimientos a la RCA o al instrumento de gestión respectivo, ya que uno o varios incumplimientos constituirían una sola infracción. De hecho, la cita que el reclamado hace a la participación en la discusión parlamentaria de la actual Ley N° 20.417 del profesor Luis Cordero, se encuentra totalmente fuera de contexto, ya que esta no se refiere a la existencia de ningún “modelo sancionatorio” sino que sólo dice relación con una opinión respecto a una indicación de la cuál emerge la actual redacción del artículo 36 de la LOSMA, señalando que “[...]si bien el texto aparece sustituido completamente, la modificación que se efectúa al artículo 36 tiene por objeto efectuar ciertas precisiones para evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria. La disposición sanciona incumplimientos normativos, vale decir debe existir infracción de una norma para que se establezca la sanción, agregando que la manera como se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento. El Ejecutivo lo que ha hecho, por esta vía es dar consistencia normativa con la finalidad que se puedan aplicar adecuadamente las potestades sancionatorias” (Historia de la Ley N° 20.600, pág. 1629). Como puede apreciarse del contexto de la opinión emitida por el citado profesor, ésta no dice relación alguna con un argumento histórico que sustente el concurso infraccional imperfecto defendido por el reclamado ya que, por lo demás, lo sancionado siempre será un incumplimiento normativo. Por lo tanto, al igual como sucedió con la literalidad, este argumento histórico debe ser rechazado. Es más, la opinión del profesor Cordero se encuentra latamente desarrollada en el informe en derecho de su autoría presentado por la SMA a fojas 626, donde concluye que estamos ante lo que la doctrina administrativa ha denominado “infracciones continuadas”. En definitiva, lo que existiría tras el concurso infraccional imperfecto -en opinión del informante- sería una infracción continuada que se castigaría de conformidad al inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal y cuya procedencia será abordada en el siguiente considerando”.

Como consecuencia de lo anterior, el Segundo Tribunal Ambiental da por descartada la posibilidad de concurso infraccional dando los siguientes argumentos:

“Sexagésimo segundo: Que, en definitiva, este Tribunal rechazará la alegación realizada por la parte reclamada en cuanto a sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción, considerando sólo uno de ellos para la calificación y los doce restantes como agravantes, en atención a los siguientes criterios:

1. La regla general en el sistema sancionatorio establecido en la LOSMA es que cada infracción sea sancionada independientemente, a menos que exista norma expresa que establezca una especial forma de sanción.

2. **No hay en la LOSMA ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones**, en los términos señalados en la Resolución Exenta N° 477, correspondiente al símil penal del concurso de delitos. Por ende, cualquier remisión al concurso ideal o medial y sus formas especiales de sanción, así como los casos especiales de sanción a la reiteración, como sucede con el artículo 351 del Código Procesal Penal, deben quedar totalmente descartados.

3. **Tampoco procede reconocer la existencia del denominado concurso infraccional imperfecto** -que fue la figura jurídica que la SMA trató de acreditar con posterioridad a la dictación de la Resolución Exenta N° 477- que se encontraría regulado expresamente en el artículo 35 letra a), por cuanto la sola literalidad del precepto -en cuanto a utilizar en plural algunos términos como “hechos”, “condiciones”, “normas” y “medidas”, no son un argumento suficiente para sostenerlo. Lo contrario provocaría situaciones absurdas en las que un titular podría incumplir todas sus condiciones, medidas y normas, en diferentes momentos, por hechos diversos y sólo podría ser sancionado por una sola infracción, conclusión que no se condice con la entidad tanto de los bienes jurídicos protegidos, como el medio ambiente y salud de las personas, ni con la naturaleza misma de la RCA, un acto autorizatorio complejo.

4. En cuanto al posible problema de constitucionalidad denunciado por la SMA, de existir, se presentaría tanto para el concurso infraccional imperfecto como para el caso en que se sancionara cada incumplimiento como infracción, de manera que este posible conflicto no es un argumento a considerar que permita decidir en favor de la existencia del primero. Por lo demás y como se señaló en su oportunidad, por ser los incumplimientos a las condiciones, normas y medidas contenidas a la RCA, infracciones de sujeto calificado, no puede presentarse como un argumento persuasivo la falta de certeza jurídica de éste, por cuanto es él quien solicita esta autorización ambiental, participa en la evaluación de su proyecto, y tiene distintas oportunidades para requerir su aclaración o rectificación, tanto en sede administrativa como judicial, de tal manera que el titular del Proyecto tiene completa certeza de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA .

5. Tampoco es posible sostener que tras el concurso infraccional imperfecto se encuentra la figura de la “infracción continuada”, pues como se señaló, la infracción continuada no se encuentra regulada expresamente en la LOSMA y en consecuencia no se pueden determinar sus requisitos de procedencia ni mucho menos la forma en que debería ser aplicada. Por otro lado, en caso de utilizar los requisitos que la doctrina y jurisprudencia han elaborado para el delito continuado -su símil penal- no es posible imponer la infracción continuada en el ámbito sancionatorio ambiental en los términos que pretende la SMA en estos autos.

6. Como una consecuencia directa de lo señalado en las anteriores consideraciones, debe descartarse toda forma especial de sanción relacionada con considerar el número de infracciones como una agravante, por cuanto tampoco existe norma expresa en ese sentido y no pueden utilizarse las disposiciones del Código Penal referidas a los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la determinación de las sanciones.

7. En definitiva, **lo que existe respecto a los incumplimientos a la RCA, son al menos trece infracciones al tipo contenido en el artículo 35 letra a), independientes unas de otras, que deberán ser calificadas y sancionadas en forma separada por la SMA**".

Sin embargo, en el procedimiento sancionatorio, a pesar de haberse detectado cuatro hechos infraccionales a la RCA que regula la operación de la CT Santa María de Colbún, se ha terminado sancionando a la titular como si se tratara de un concurso infraccional, es decir, todas ellas se consideraron como una sola infracción, la instalación de equipos distintos a los autorizados, en circunstancias que ha quedado claro y establecido que dicho hechos son constitutivos cada uno de una infracción y que el legislador no ha autorizado a la autoridad fiscalizadora para reunir los incumplimientos en uno solo.

Lo anterior fue refrendado por el Tercer Tribunal Ambiental, aunque sin referirse en ningún momento al concurso infraccional, sino que se sirve un argumento que recién la SMA formula en su informe ante el Ilustre Tribunal, esto es que no puede tratarse los distintos incumplimientos como distintas infracciones, pues de esa manera se infringiría el principio *non bis in idem*, contenido en el artículo 60 LOSMA.

Para resolver esto, la sentencia tiene presente que la formulación de cargos que dio inicio al procedimiento sancionatorio estableció un hecho infraccional "el cual se configuró en base a que "Los componentes y/o equipamiento de la primera y única unidad generadora de la CTSM, son distintos a los autorizados", lo que se expresa en la instalación y utilización de los equipos modificados, especificando como infringidos los puntos 3.4, 3.4.1, 3.6.1, 4.2 y 4.2.1 de la RCA, relativos a la descripción del proyecto y de las unidades generadoras, del proceso de generación eléctrica y los impactos asociados a las emisiones atmosféricas del proyecto" (Considerando Octogésimo Segundo).

En seguida razona sobre el requisito de triple identidad que debe concurrir para estar frente al *non bis in idem*, deteniéndose, particularmente, en el requisito de la igualdad de hecho, y concluye que la formulación de cargos da cuenta de una igualdad de hecho y fundamento jurídico, lo que le permitiría configurar una sola infracción, pues las infracciones. Dice la sentencia recurrida:

“OCTOGÉSIMO QUINTO. Para resolver esta controversia, es preciso revisar si en el caso concurre la triple identidad mencionada. Al respecto, estimando evidente que concurre una “igualdad de sujeto” por parte del infractor, es posible advertir que la descripción del cargo indicado da cuenta también de una igualdad de hecho y fundamento jurídico que permite configurar una sola infracción. Esto, ya que los ajustes incorporados se refieren a las condiciones previstas en la misma norma de la RCA, esto es, el punto referido a la Descripción del Proyecto, particularmente, a la explicación del proceso de generación eléctrica que contempla los componentes de cada unidad del Complejo, contenida en el punto 3.4.1 de la RCA N° 176/2007. Así, es posible observar que los equipos modificados corresponden a distintas partes de un mismo proceso, el cual, para la optimización proyectada por el titular, requirió incorporar cambios en los cinco componentes señalados. Desde el punto de vista ambiental, por lo demás, todos los equipos modificados se vinculan a la generación de efectos sobre el mismo componente ambiental, las emisiones atmosféricas”.

Como se puede apreciar, la sentencia recurrida aplica un criterio meramente formal para establecer la igualdad de hechos, al remitirse a la formalidad de la formulación de cargos, aunque sin razonar respecto de cada uno de los incumplimientos detectados.

En efecto, como ha quedado establecido a lo largo de todos estos años, Colbún S.A. instaló los siguientes equipos:

A.- Se instaló una turbina eléctrica General Electric Número de Serie 270T771, que posee una potencia de 369,989 KW y una presión de ingreso de 166,7 bar, siendo la autorizada de 350 KW.

B.- Se instaló un generador eléctrico de 468 MVA, siendo el autorizado de 415 MVA.

C.- Colbún S.A. instaló un transformador de poder que alcanza 460/490 MVA, siendo el autorizado por la RCA uno de 415 MVA.

D.- La chimenea instalada es de 130 metros de altura y sección final superior de 5,4 metros de diámetro, siendo que lo autorizado es una chimenea de 90 metros de altura y sección final superior de 4,85 metros de diámetro.

Cada uno de estos incumplimientos constituye un hecho infraccional por sí mismo, pues como señaló el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia citada *“Si se aceptara el argumento de la SMA, se debería considerar toda la redacción de la citada letra a) y concluir que también se habla en plural de “resoluciones de calificación ambiental”, lo que llevado a la práctica implicaría que el concurso infraccional imperfecto no sólo alcanzaría a los incumplimientos a “una” RCA sino que a todas las RCA relacionadas con un proyecto. Esto permitiría que un titular de proyecto que incumpla varias condiciones, normas o medidas contenidas en distintas RCA correspondientes a un mismo proyecto,*

tendría que ser sancionado por una sola infracción al artículo 35 letra a), conforme al concurso infraccional imperfecto supuestamente allí regulado, solución que a todas luces sería absurda”.

Al respecto cabe tener presente lo que dispone el artículo 60 LOSMA:

“Artículo 60.- Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad.

En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”.

Dicha norma regula dos situaciones, a saber:

- a. El concurso de normas; y
- b. En non bis in idem.

En lo que nos interesa, la ley prohíbe que se aplique dos o más sanciones al infractor por “los mismos hechos y fundamentos jurídicos”, por lo tanto la tarea del intérprete es dilucidar si estos distintos incumplimientos acreditados pueden constituir o no un solo hecho infraccional.

Desde luego el razonamiento formalista de la sentencia recurrida no alcanza a explicar que los distintos incumplimientos constituyan un solo hecho infraccional, pues no arroja certeza jurídica alguna, ya que el asunto dependería del mero criterio formal que haya tenido el instructor al momento de la formulación de cargo, pero no razona respecto de la naturaleza de los hechos que constituyen la o las infracciones.

Asimismo, vale la pena destacar que por los incumplimientos detectados, Colbún S.A. no ha sido sancionado anteriormente.

Pues bien, al respecto la doctrina ha dicho: *“En una primera instancia la autoridad debe calificar jurídicamente determinados hechos que pueden ser constitutivos de infracción. Así, bien puede establecer que la conducta desplegada no se encuentra comprendida dentro del tipo infraccional, razón por la cual no procede aplicar sanción alguna (atipicidad de la conducta), o que estemos ante un hecho infraccional, caso en el cual se debe continuar con el procedimiento y determinar si procede aplicar la sanción. Luego, la regla general será que un hecho debiera dar lugar a una infracción; a su vez, varios hechos debieran dar lugar a varias infracciones (concurso real); pero también puede*

ocurrir que un hecho constituya dos o más infracciones (concurso ideal). En los dos últimos casos, estaremos ante una pluralidad de infracciones”¹.

Como se ha dicho y así lo sostuvo el Segundo Tribunal Ambiental, la regla general en el Derecho chileno es que cada hecho dé lugar a una infracción, y como dice el profesor Cordero, varios hechos deben dar lugar a varias infracciones.

Siguiendo con el profesor Cordero, constituyen un solo hecho infraccional los siguientes casos²:

- a. Cuando hay unidad natural de acción, como sucede con las infracciones simples, instantáneas o de mera actividad y en las denominadas infracciones de estado;
- b. Cuando hay unidad jurídica de acción, es decir, cuando el hecho infraccional comprende dos o más acciones u omisiones, cuestión que ocurre con las infracciones complejas, es decir, aquellas que requieren la realización de una pluralidad de conductas descritas en la norma para su consumación; las infracciones permanentes, que son aquellas en el infractor incurre en una conducta ilícita que da lugar a una situación de hecho que se mantienen en el tiempo por la persistencia de su voluntad; Las infracciones con pluralidad de acciones, es estos casos la configuración del tipo infraccional permite que su consumación puede tener lugar ya sea que se haya ejecutado una o muchas veces la acción; y Las infracciones con tipicidad reforzada, que considera varias acciones posibles, de forma que la ejecución de cualquiera de ellas determina su consumación;
- c. En los casos en que hay concurso real de infracciones, pero que son consideradas como un solo hecho infraccional, como ocurre con el concurso medial y las infracciones continuas. El concurso medial se produce cuando estamos ante dos o más infracciones administrativas, siendo una de ellas el medio imprescindible para cometer otra. La infracción que corresponde al concurso real de infracciones administrativas consistente en la realización de una pluralidad de acciones u omisiones, constitutivas cada una de ellas de otras tantas infracciones, que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, y que se castiga con una única sanción, más grave de la que correspondería a una sola de las infracciones en concurso, pero no por aplicación de la garantía non bis in ídem, sino en virtud del principio de proporcionalidad.

A partir de lo anterior, resulta claro que los incumplimientos constatados en autos no se enmarcan en ninguna de las hipótesis descritas por el profesor Cordero, en consecuencia no podemos estar frente a igualdad de hechos como ha sostenido erróneamente la sentencia recurrida, por lo que malamente

1 Eduardo Cordero. Los concursos infraccionales en el Derecho Administrativo sancionador chileno. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 31 [enero-junio 2020]. P. 41

2 Eduardo Cordero. Op. Cit. P. 53 y siguientes.

podría aplicarse el principio non bis in ídem, de ahí que que la sentencia yerra en la aplicación del artículo 60 LOSMA.

Modo en que el error de Derecho influye en lo dispositivo del fallo

De no mediar el error de la sentencia recurrida al aplicar lo dispuesto en el artículo 60 LOSMA, entonces ha debido acoger nuestra reclamación al haberse sancionado arbitrariamente los distintos incumplimientos a la RCA de la Central Termoeléctrica Santa María como un solo hecho infraccional, sin que le fuera lícito a la SMA aplicar el concurso infraccional. En consecuencia, ha debido dictar una sentencia que dispusiera que se acoge la reclamación, se deja sin efecto la resolución reclamada y se dispone dictar una nueva en Derecho, debiendo la SMA sancionar cada uno de los incumplimientos como un hecho infraccional individualmente considerado.

Se sirva tener por interpuesto dentro de plazo legal recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva de fecha 2 de mayo del año 2023 que rechazó el recurso de reclamación interpuesto por esta parte revocándola por haber sido dictada la sentencia que se recurre con infracción de ley y dicha infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo solicitando para ante la Excelentísima Corte Suprema se disponga la invalidación de la misma y proceder a dictar sentencia de reemplazo, disponiendo la anulación de la resolución exenta N°2412, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-061-2021 en contra de Colbún S.A., y ordenando a la SMA dictar una nueva resolución sancionatoria como en Derecho corresponde, con expresa condenación en costas del recurso.

SEGUNDO OTROSÍ: Que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión patrocino personalmente este recurso.

POR TANTO,

A US. I. PIDO, tener presente



